

法学研究論集

第48号 2018. 2

わが国における承継的共犯論について

Zur sukzessiven Mittäterschaft und sukzessiven Beihilfe im Japan

博士後期課程 公法学専攻 2017年度入学

尾 棹 司

OSAO Tsukasa

【論文要旨】

先行行為者がある犯罪の実行に着手しその行為の全部を終了しない段階で、後行行為者との間で共同実行の意思を生じ、両者が共同してその後の実行を行う場合が承継的共犯であるとされ、後行行為者が責任を負う範囲及びその根拠が問題とされる。わが国においては、平成24年の最高裁決定を契機として学界においても活発な議論が交わされてきたが、今だ論者の間で解決をみない。現在の判例及び学説はこの問題について共犯の処罰根拠論まで立ち返って検討を加えていることがそれらの分析を通じ明らかとなるが、こと因果的共犯論によれば後行行為者は自己の行為と因果性のある結果について責任を問われることが前提となる。しかし後行行為者が自己の介入後の範囲で責任を問われるとしても、後行行為者の行為を先行行為者の行為及びその結果を含めた形で評価することで具体的事案における妥当な解決を導けるものと思われる。本稿においてはその評価を基礎づけるにあたり混合惹起説を用いたアプローチを展開し、若干の検討を加えるものである。

【キーワード】 承継的共犯，共同正犯，共犯の処罰根拠，因果的共犯論，混合惹起説

【目次】

- I. はじめに
- II. 判例・裁判例の分析
- III. 学説の分析
- IV. 私見の展開
- V. おわりに

I. はじめに

承継的共犯とは、「ある犯罪について、ある者（先行行為者）が実行行為に着手し、いまだその行為の全部を終了していない段階で、他の者（後行行為者）との間に、その犯罪についての共同実行の意思を生じ、その後、先行行為者と後行行為者とが共同してその後の実行を行う場合」¹を指す。そこでは後行行為者がいかなる範囲で共犯の責任を負うか、またその根拠が問題となる²。具体的には、例えば X が強盗目的で A に暴行を加えその反抗を抑圧したところ、たまたま知人 Y が通りかかったので協力を求め、これに応じた Y が A から財物を奪取した（事例①）という場合や、X が詐欺目的で高齢の A に対し、「会社の金の使い込みがバレてしまい、300万円必要だ」などと A の息子を装って電話を掛けた後で、Y がその事情を知ったうえで X と意思を通じ、電話を信じて待ち合わせ場所にやってきた A から300万円を受け取った（事例②）という場合、さらに X と Y が A に対し暴行を加えていたところに意思を通じて Z が介入し、さらに暴行を加えた（事例③）という場合が想定される。事例①において承継的共同正犯の成立を認めるのであれば Y には強盗罪の共同正犯が成立するが、これを否定する場合には関与後の財物奪取行為の範囲で共同正犯が成立することになるため、先行行為者の強盗行為に関与した後行行為者の罪責の評価との関連で「処罰の適正さ」が問題となり、また事例②の詐欺罪のような多行為犯においてこれを否定するならば、Y には詐欺罪の共同正犯が成立しないこととなるため³「処罰の間隙」が問題となる⁴。そして事例③の場合、Z が介入する前の X・Y の暴行のみによって生じた傷害結果や Z 介入前後いずれの時点で生じたか不明であるような傷害結果について、そのような傷害結果を後行行為者 Z に帰責させてよいのが問題となる。

承継的共犯の問題は、学説において従来から様々な主張がなされ、現在では「議論もほぼ尽くされている観がある」とされてきたが⁵、最高裁平成24・11・6 第二小法廷決定刑集66巻11号1281頁

¹ 大塚仁他編『大コンメンタール刑法 第5巻』第二版（青林書院，1999年）221頁〔村上光鶏執筆〕。

² 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂，2005年）213頁，高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」新報113巻3＝4号（2007年）119頁，十河太郎「承継的共犯の一考察」同法64巻3号（2012年）346頁。十河によれば、「承継的共犯」という語は、「承継的共同正犯」と「承継的帮助犯」の両者を含んでおり、前者は後行行為者が先行行為者と「共同実行の意思の下に共同して残りの実行行為を行う」場合であり、後者は「正犯者が実行行為の一部を終了した後に帮助行為を行い、その後の正犯行為を容易にする」場合をいう。

³ 承継的共犯否定説からは、後行行為者の挙動による欺罔行為が認められ詐欺罪の共同正犯が成立すると主張されているが、後行行為者と被害者とが対面しない形態での財物の移転も考えられる。この点については後述する。

⁴ このように問題状況を整理するのは、大塚裕史「承継的共同正犯(2)―承継的共同正犯の成立範囲」法セ749号（2017年）81頁。また承継的共犯の問題を検討するうえでは、この「結合犯」の中に強姦罪を含めた形で議論され、また事例②の詐欺罪のような「多行為犯」の類型には、恐喝罪を含めて議論されている。例えば、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」川端博他編『理論刑法学の探究⑨』（成文堂，2016年）122頁。本稿もこの分類に従って検討を加える。

⁵ 斉藤誠二「承継的共同正犯をめぐる」筑波8号（1985年）1頁。

(以下、「最高裁決定」とする。)を契機に再び活発な議論が交わされ⁶、今だ論者の間で決着をみていない。そこで本稿は、判例・裁判例や学説の分析を通じ、この問題についての現在の議論状況を整理したうえで、とりわけ実務上問題とされてきた「承継的共同正犯」の成否につき若干の検討を加える。そして上述の「処罰の適正さ」や「処罰の間隙」の問題、さらに傷害結果の取り扱いについて一定の解答を示すを試みる。

II. 判例・裁判例の分析

わが国において承継的共犯の成否が問題となった下級審裁判例は相当数確認されるが、平成24年に最高裁決定が出されるまでこの問題について最高裁の判断が示されることはなかった。本章では、判例・裁判例の分析を行うにあたり最高裁決定を基準に、(1)最高裁決定に至るまでの大審院判例及び下級審裁判例、(2)最高裁決定、(3)最高裁決定後の裁判例に分け、それぞれ分析を試みる。ただし本稿の問題関心に照らし、結合犯（さらにその結果的加重犯）、多行為犯そして傷害罪の承継的共犯の成否が問題となった事案を主に取り扱い、その他の犯罪類型はできる限り脚註にとどめる。

1. 最高裁決定以前の判例・裁判例⁷

(1) 承継的共犯の成立を認めた判例・裁判例

大判昭和13・11・18刑集17巻839頁⁸は、金員を強取する目的で被害者を殺害した夫に事情を打ち明けられた妻が、被害者宅において金員を物色する夫をロウソクの灯りを掲げて手助けしたという事案について、「刑法240条後段ノ罪ハ強盗罪ト殺人罪若ハ傷害致死罪ヨリ組成セラレ右各罪種

⁶ 最高裁決定後に承継的共犯の問題について扱う論稿が多数発表されている。十河・前掲註(4)「承継的共犯論の現状と課題」の他、松宮孝明『「承継的」共犯について—最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁を素材に—』立命352号(2013年)355頁以下、宮崎万壽夫「承継的共犯論の新展開」青山ロー第7号(2013年)21頁以下、阿部力也「承継的共同正犯について—部分的肯定説の再検討—」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂、2014年)531頁以下、小島秀夫「いわゆる承継的共犯の規範論的考察」大東63号(2014年)7頁以下、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐる」研修791号(2014年)3頁以下、高橋則夫「承継的共同正犯について」前掲『川端古稀(上)』557頁以下、橋本正博『「承継的共同正犯」について』前掲『川端古稀(上)』579頁以下、佐久間修「共犯の因果性について—承継的共犯と共犯関係の解消—」法学新報11=12号(2015年)177頁以下、豊田兼彦「共犯の因果性—承継的共犯の問題を中心に—」刑ジャ44号(2015年)4頁以下、橋爪隆「承継的共犯について」法教415号(2015年)85頁以下、松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015年)189頁以下、高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」川端博他編『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016年)180頁以下、山口厚「承継的共犯論の新展開」曹時68巻2号(2016年)1頁以下、井田良「承継的共同正犯についての覚書」同他編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2017年)631頁以下がある。

⁷ 最高裁決定が出されるまでの判例・裁判例の分類については、照沼・前掲註(2)214頁以下、高橋(直)・前掲註(2)120頁以下、十河・前掲註(2)355頁以下を参考にした。

⁸ 本件の評釈として、小野清一郎「判批」『刑事判例評釈集第一巻』(有斐閣、1938年)414頁以下、吉田常次郎「承継的従犯」日法5巻第4号(1939年)72頁以下、草野豹一郎「強盗殺人罪に於ける奪取行為に対する幫助」『刑事判例研究 第五巻』(巖松堂書店、1940年)124頁以下、野村稔「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ〈第2版〉』(有斐閣、1984年)168頁以下などがある。

カ結合セラレテ単統一罪ヲ構成スルモノナルヲ以テ他人カ強盗ノ目的ヲ以テ人ヲ殺害シタル事実ヲ知悉シ其ノ企図スル犯行ヲ容易ナラシムル意思ノ下ニ該強盗殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加担シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ対シテハ強盗殺人罪ノ従犯ヲ以テ問擬スルヲ相当トシ之ヲ以テ単ニ強盗罪若ハ窃盗罪ノ従犯ヲ構成スルニ止マルモノト為スヘキニアラス」として、強盗殺人罪の「一罪性」を理由に被告人に強盗殺人罪の承継的幫助犯が成立するとした。また札幌高判昭和28・6・30高刑集6巻7号859頁⁹も、先行行為者の強盗目的の暴行（これにより被害者は負傷）に途中から加担した被告人について、「刑法240条前段の罪は強盗の結果的加重犯であって単統一罪を構成する」として、強盗傷人罪の承継的共同正犯の成立を認めている¹⁰。さらに名古屋高判昭和50・7・1判時806号108頁は、被告人らは先行行為者らによる暴行に途中から加わったが、被害者の負った傷害結果が被告人介入前後のいずれの時点で生じたのか不明であったという事案について、被告人は先行行為者らが被害者に対し暴行を加えたことを認識しながら一連の暴行行為に加わったものであるとして、傷害罪の承継的共同正犯が成立するとした¹¹。これらの判例・裁判例は、形式的な犯罪の一罪性を根拠に後行行為者に承継的共犯の成立を認めているといえる¹²。

(2) 承継的共犯の成立を否定する裁判例¹³

名古屋高判昭和29・10・28日高刑裁特報1巻10号427頁は、先行行為者が被害者を昏倒させた後（これにより死亡）、被告人がこれに乗り財物を奪取したという事案について、「他人が昏睡せしめていたり又は被害者自らが昏睡又は熟睡している間に、被害者の財物を奪取しても強盗罪とはならず、被告人の行為が先行行為者の「強盗致死罪の行為の一部に協力したことにはなるが、被告人に強盗の犯意がなかった」として、窃盗罪の共同正犯の成立を肯定した¹⁴。また、広島高判昭和

⁹ 本件の評釈として、福田平「他人の強盗の事実を認識してその機会を利用した者の強盗傷人罪の成立」神戸3巻4号（1954年）818頁以下がある。

¹⁰ 「一罪性」を根拠に承継的共同正犯の成立を肯定した他の裁判例として、名古屋高判昭和38・12・5下刑集5巻11・12号1080頁（強姦罪）、神戸地判昭和39・3・10下刑集6巻3・4号204頁（強盗致傷罪）、東京高判昭和57・7・13判時1082号141頁（強盗傷人罪）がある。

¹¹ 後行行為者が介入する前後いずれの時点で傷害結果が生じたか不明な事案で、「一連の暴行」に加わったことを理由に傷害罪の承継的共同正犯の成立を肯定したものとして、札幌地判昭和55・12・24刑月12巻12号1279頁がある。さらに先行行為者の暴行によりすでに傷害結果が生じていたが、同様の理由から傷害罪の承継的共同正犯の成立を肯定したものとして、大阪地判昭和63・7・28判タ702号269頁がある。

¹² 照沼・前掲註(2)217頁、十河・前掲註(2)361頁。

¹³ 本文で挙げた裁判例以外で承継的共犯の成立を否定したものとして、殺人罪の承継的共同正犯の成否が争われた大阪地判昭和45・1・17判時597号117頁がある。本件は、先行行為者が被害者の頸部を数回切りつけるのを目撃した被告人が、先行行為者と意思を通じて被害者に体当たりしたり椅子で頭部を数回殴打したが、被害者は先行行為者の刺突行為により失血死したという事案である。大阪地裁は被告人の行為が先行行為による因果関係の経過に影響を及ぼしていない点に着目し、殺人未遂罪の成立にとどめた。しかし本件の控訴審である大阪高判昭和45・10・27刑月2巻10号1025頁は、殺人罪が単統一罪であることから、後行行為者の介入前における先行行為者の暴行のみが被害者に死因を与えた場合であっても殺人罪の共同正犯が成立するとし、原审の判断を破棄している。

34・2・27高刑集12巻1号36頁は、被告人らは先行行為者の強姦行為の後に介入し、被害者が負った傷害が介入前後いずれの段階で生じたかが不明であった事案について、被告人らの刑責の範囲は介入後に限られるとの立場から、準強姦罪の共同正犯の成立を肯定している。

(3) 承継的共犯の成立に一定の限定をもたせる裁判例

浦和地判昭和33・3・28下刑1巻3号455頁¹⁵は、先行行為者らが被害者を強姦した後に、後行行為者らが順次被害者を強姦し、あるいは未遂に終わったが、一連の強姦行為によって被害者が傷害を負ったという事案について、共同正犯が成立する範囲は共犯者間で意思を通じた後に限られることから、後行行為者らには強姦罪の範囲で共同正犯が成立するとした¹⁶。また、福岡地判昭和40・2・24下刑集7巻2号227頁は、先行行為者の暴行・脅迫により（これにより負傷）被害者が反抗を抑圧されていることを認識しながら、先行行為者と共に金員を強取した被告人について、後行行為者たる被告人の責任は独立に判断すべきとの立場から、被告人には強盗罪の範囲で共同正犯が成立するとした。これらの裁判例は、基本犯の限度では承継的共同正犯の成立を認めているが、その理由は明らかにされていない¹⁷。

その後、承継的共犯の成否を判断するうえで一定の基準を用いることを明示する裁判例が登場した。恐喝罪及び傷害罪の承継的共犯の成否が問題となった横浜地判昭和56・7・17判時1011号142頁¹⁸は、先行行為者らが被害者に対し恐喝目的で暴行を加え（これにより負傷）畏怖させたところ、被告人が介入し先行行為者らと金員の交付を受けたという事案である。横浜地裁は「承継的共同正犯において、〔原文ママ〕じこに犯行に加担した者に、それ以前の先行行為者の行為についてまで責任を負担させることができる理由は、先行行為者の行為及び生じさせた結果・状態を単に認識・認容したというにとどまらず、これを自己の犯行の手段として積極的に利用すべく自己の犯罪行為の内容に取り入れて、残りの実行行為を他の共犯者と分担して行うことにあ」としたうえで、恐喝罪については「先行行為により畏怖状態にあることを認識・認容して金員受領行為に加担しているので、これによって恐喝罪の実現に協力したと評価することができる」としながらも、「被告人はその財物の交付を受ける行為のみを、情を知ってなした者であり、かつ、これを自らの犯罪遂行としてな

¹⁴ 高橋（直）・前掲註(2)144頁は、被告人に「強盗の犯意がなかった」としている点について、「これが一般的に承継的共犯の成立を否定する論理を前提としたものなのかは必ずしも定かではない」と指摘する。

¹⁵ 本件の評釈として、青木清相「承継的共同正犯の成否」日法24巻第4号（1958年）102頁以下がある。

¹⁶ 致傷結果を帰責せず、強姦罪の限度で共同正犯の成立を認めた東京地判昭和40・8・10判タ181号192頁、強姦未遂罪の限度で共同正犯の成立を認めた浦和地判平成4・3・9判タ796号236頁がある。

¹⁷ 照沼・前掲註(2)225頁、226頁。照沼はこれらの裁判例を、承継的共犯の成立を否定したものとして分類するが、致傷結果以外の承継を認めている点につき、その理由が必ずしも明らかではないと指摘する。

¹⁸ 本件の評釈として、土屋眞一「承継的共同正犯」研修403号（1982年）39頁以下、福山道義「判批」松尾浩也他編『刑法判例百選Ⅰ〈第4版〉』（有斐閣、1997年）166頁以下、立石二六「判批」芝原邦爾他編『刑法判例百選Ⅰ〈第5版〉』（有斐閣、2003年）164頁以下、只木誠「判批」西田典之他編『刑法判例百選Ⅰ〈第6版〉』（有斐閣、2008年）170頁以下がある。

したのではなく……恐喝の正犯意思を有していたとまでは認め難い」として、恐喝罪の承継的幫助犯の成立を認めた。その一方で、傷害罪については「傷害の結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていない」ことから、承継的共同正犯の成立を否定した。さらに、大阪高判昭和62・7・10高刑集40巻3号720頁¹⁹は、被告人は先行行為者らの被告人に対する一連の暴行により被害者が負傷していることを認識したうえ、顎を2, 3回手で突き上げたりその顔面を1回殴打するなどの暴行を加えたという事案であったが、承継的共犯の成否に関し全面肯定説並びに全面否定説のいずれにも賛同しがたいとしたうえで、「思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従つて、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによつて生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である」とした。そして傷害罪については、「一個の暴行行為がもともと一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するものではない上に、後行者には、被害者に暴行を加えること以外に目的はない」ことから、先行部分の積極的利用が認められず承継的共同正犯の成立を否定した。また本件では、被害者が先行行為者らに恐喝されていることを知った被告人がこれに介入し、被害者から金員の交付を受けたという恐喝罪の承継的共同正犯の成否も併せて争われたが、被害者が畏怖していることを知りながら「これを積極的に利用して、自らも金員喝取の犯行に共謀加担したものと認められる」として、恐喝罪の承継的共同正犯の成立は肯定した。これらの裁判例は承継的共犯の成否につき、「先行行為の認識・認容＋（自己の犯罪遂行手段として）積極的に利用したかどうか」という基準（以下、「積極的利用の基準」とする。）を適用して判断することを明確に打ち出したものといえる。

これらの裁判例が登場して以降、積極的利用の基準を適用する裁判例²⁰が多数確認できる。東京

¹⁹ 本件の評釈として、高橋則夫「判批」松尾浩也他編『刑法判例百選Ⅰ〈第4版〉』（有斐閣、1997年）164頁以下、林美月子「判批」芝原邦爾他編『刑法判例百選Ⅰ〈第5版〉』（有斐閣、2003年）162頁以下、堀内捷三「判批」西田典之他編『刑法判例百選Ⅰ〈第6版〉』（有斐閣、2008年）168頁以下、福田平「承継的共同正犯の成立範囲」判評354号（1988年）67頁以下、上野幸彦「承継的共同正犯の成立範囲」日法54巻第4号（1989年）167頁以下、内田文昭「いわゆる承継的共同正犯の成否」判タ702号（1989年）68頁以下がある。また、大谷實「承継的共同正犯の成立要件」法セ406号（1988年）115頁、坪内利彦「いわゆる承継的共同正犯の成立要件」研修491号（1989年）73頁以下、亀井源太郎「承継的共犯—暴行・恐喝への途中関与—」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2011年）255頁以下も併せて参照。

²⁰ 監禁罪の承継的共同正犯の成否が問題となった事案において、積極的利用の基準をもってその成立を否定した裁判例として、東京高判平成16・6・22東高刑時報55巻1～12号50頁、甲府地判平成16・9・16（LEX/DB 28095653）がある。

地判平成7・10・9判時1598号155頁は、共犯者らと昏睡強盗を共謀していた被告人が、共犯者らが共謀に反して被害者に対し暴行を加え（これにより負傷）、その反抗抑圧状態を利用して共犯者らと共に金品を奪取した事案について、先行部分の積極の利用が認められるのは被害者の反抗抑圧状態の限度にとどまるとし、強盗罪の承継的共同正犯が成立するとした²¹。また、東京地判平成8・4・16判時1601号157頁は、被告人らが、先行行為者らが加えた暴行により被害者が畏怖状態に陥っていることを認識したうえで、先行行為者らと意思を通じて金員を要求し、さらに暴行を加えて金員を喝取した事案について、被告人らの介入前後の暴行が「実質的にみて恐喝の手段となっている関係が認められる」ことから、被告人は被害者の畏怖状態を恐喝遂行手段として積極的に利用したものといえとし、恐喝罪の承継的共同正犯の成立を肯定した。さらに、大阪地判平成9・8・20判タ995号286頁は、先行行為者が被害者に対し暴行を加えていたところ、被告人が先行行為者に加勢する意思で被害者に対し暴行を加え傷害を負わせたが、その傷害結果が共謀成立前後いずれの暴行により生じたか不明であった事案について、積極の利用の基準を用いて介入前を含む傷害罪の承継的共同正犯の成立は否定したが、刑法207条を適用して結果的に全体についての傷害罪の共同正犯の成立を認めている²²。

・小括

このように最高裁決定以前の判例・裁判例は、その結論から観察すると先行部分の後行行為者への帰責を全体的に否定するものはわずかであって、先行部分の後行行為者への帰責を限定的に認めるものが多数ある²³。また、承継的共犯の成否の判断に際して比較的古い判例・裁判例は様々な理由付けを用いていたが（当該犯罪の一罪性や介入の時点を重視するもの、あるいはそういった明確な理由を持ち出さず限定をかけるもの）、徐々に積極の利用の基準を用いるアプローチが主流となったことが指摘できる²⁴。さらにこのアプローチを採用する裁判例を罪種ごとに観察すると、結合犯や多行為犯の類型では承継的共犯の成立が肯定される傾向にあり、結合犯の結果的加重犯が問題となる事案については、後行行為者に先行行為者が生じさせた致傷結果を帰責させずに基本犯の限度で責任を問うという中間的な立場に立つと思われる裁判例が多数を占めているといえる²⁵。その一方で、傷害事例では、関与前の暴行により生じていた傷害結果については積極の利用の基準を適用して承継的共同正犯の成立を否定するものがある²⁶ものの、被害者の負った傷害結果が被告人介

²¹ 強盗致傷罪の成立が争われ、積極の利用の基準を適用して強盗罪の限度で共同正犯の成立を認めた裁判例として、東京高判平成17・11・1東高刑時報56巻1～12号75頁がある。

²² 同種の事案で刑法207条を適用した他の裁判例として、神戸地判平成15・7・17（LEX/DB 28095309）がある。

²³ 照沼・前掲註(2)235頁、高橋（直）・前掲註(2)144頁、十河・前掲註(2)357頁。

²⁴ 高橋（直）・前掲註(2)144頁、十河・前掲註(2)362頁。

²⁵ 高橋（直）・前掲註(2)134頁、137頁、十河・前掲註(2)357頁。

²⁶ 前掲の大阪高裁昭和62年判決がそれである。

入前後のいずれの時点で生じたかが不明な事案では、このようなアプローチを採らずに全体について共同正犯の成立を認める裁判例も依然として存在する。例えば東京高判平成8・8・7東高刑時報47巻1～12号103頁は、被告人が加えた暴行は先行行為者が負わせた傷害とかなり広い範囲で競合しており分離評価に適さない状態にあることから、傷害罪の承継的共同正犯が成立するとしている²⁷。また、刑法207条を適用して全体についての共同正犯の成立を認めるものもあり、傷害罪の承継的共犯が問題となる事案については錯綜した状態にあったといえる。

2. 最高裁決定

本稿の冒頭で述べたように、最高裁決定²⁸は最高裁として初めて承継的共犯の問題について判断を示したものである。本件は、先行行為者ら（A及びB）が被害者ら（C及びD）に対し暴行を加えていたところ、被告人が先行行為者らと共にさらに暴行を加えたものであるが、被害者らの負った傷害結果のうち一部の傷害結果については被告人介入前に生じていたことが証拠上認められるという事案であった。第一審である松山地判平成23・3・24刑集66巻11号1299頁は、被告人は被害者らが負傷していることを認識・認容したうえで、抵抗できなくなった状態を「制裁目的での暴行という、自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思の下に、Aらの暴行に途中から共謀加担したものと認められる」ことから、積極的利用の基準を適用して傷害罪の承継的共同正犯の成立を肯定した。原審の高松高判平成23・11・15刑集66巻11号1324頁もまた、積極的利用の基準を適用した第一審の判断を支持し、被告人による控訴を棄却した。

被告人の上告を受け、最高裁は傷害罪の成立範囲について以下のように決定した。すなわち、被告人は「共謀加担前にAらがすでに生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当」であり、「原判決の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、そ

²⁷ このような判断の背景には、因果関係の立証困難の救済の側面があるとの指摘がなされている。高橋（直）・前掲註(2)128頁、高橋（則）・前掲註(6)561頁を参照。

²⁸ 本件の評釈として、豊田兼彦「判批」法セ697号（2013年）133頁以下、同「傷害罪の承継的共同正犯の成否」新・判例解説 Watch（文献番号 z18817009-00-070811096）（2014年）1頁以下、早濤宏毅「判批」研修777号（2013年）25頁以下、今井康介「判批」早法89巻2号（2014年）101頁以下、小林憲太郎「判批」山口厚＝佐伯仁編『刑法判例百選Ⅰ〈第7版〉』（有斐閣、2014年）166頁以下、設楽裕文＝淵脇千寿保「判批」日法79巻4号（2014年）165頁以下、高橋則夫「判批」刑ジャ39号（2014年）85頁以下、照沼亮介「判批」重判解25年度（ジュリ臨増1466号）（2014年）164頁以下、前田雅英『刑事法最新判例分析』（弘文堂、2014年）97頁以下、松尾誠紀・判例セレクト2013〔Ⅰ〕〔法学教室401号別冊付録〕（2014年）28頁、水落伸介「判批」新報121巻3・4号（2014年）327頁以下、石田寿一「判批」『最高裁判所判例解説刑事編平成24年度』433頁以下などがある。

れは、被告人が共謀加担後にさらに暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害について刑事責任を問いうる理由とは言えないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない」とした²⁹。

若干検討すると、本決定は被害者の受傷結果につき(a)先行行為者らの暴行によってのみ生じた傷害結果と(b)被告人介入後の暴行によってすでに生じていた傷害結果を「相当程度重篤化させた」傷害結果という二種類の傷害結果に切り分けたうえで³⁰、(a)については「共謀加担前にAらがすでに生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはない」として因果性の欠如を根拠に被告人への帰責を否定している³¹。この点については、先行行為者による致傷結果を後行行為者には帰責させないという下級審裁判例の傾向とも整合する³²。しかし、第一審および原審がこれまでの裁判例で主流となっていた積極的利用の基準をもって承継的共同正犯の成立を認めたことについて、本決定は「動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害について刑事責任を問いうる理由とは言えない」として排斥し³³、因果性を基準として傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定した。こういった判断の背後には共犯の処罰根拠として通説化した因果的共犯論が実務へと浸透したことが指摘されている³⁴。

²⁹ 最高裁は原判決の量刑は不当とはいえないとして、原判決を破棄せず上告を棄却した。

³⁰ 松尾・前掲註(28)28頁。

³¹ 豊田・前掲註(6)6頁、山口・前掲註(6)7頁。(b)については、「相当程度重篤化させた部分」について責任を負うのか、それとも「相当程度重篤化させた」ことで生じた傷害結果全体について責任を負うとしたのかは理解が分かれるところである(橋爪・前掲註(6)92頁)。前者のように理解するものとして、松宮・前掲註(6)373頁、照沼・前掲註(28)165頁、豊田・前掲註(28)新・判例解説 Watch 3頁。後者のように理解するものとして、本件に関する「匿名解説」判タ1389号(2013年)111頁、山口・前掲註(6)16頁、松尾・前掲註(28)28頁がある。この点についての筆者の理解は、後述のV章において論じる。

³² 高橋(則)・前掲註(6)564頁、松宮・前掲註(6)366頁。さらに、本決定が「傷害の発生に寄与した」ことについて責任を負うとしたことから、共謀加担前の暴行のみから生じた可能性のある傷害、すなわち共謀加担前後のどの時点で生じたか不明である傷害についても、後行行為者への帰責を否定する趣旨であると考えられる(豊田・前掲註(28)新・判例解説 Watch 3頁)。したがって、裁判例の中には共謀加担前後どの時点で生じたかわからない傷害結果を後行行為者へと帰責させることを認めたものもあったが、そのような後行行為者にとって不利益となる帰責に否定的な態度を示していると評価でき(高橋(則)・前掲註(6)570頁、松原・前掲註(6)191頁)、傷害罪の承継的共同正犯の成立余地は否定されたと考えられる。

³³ このことがおよそ積極的利用の基準を用いて承継的共犯の成否を検討するアプローチ自体を否定したのか、あるいは少なくとも傷害罪の承継的共犯が問題となる事案においては積極的利用の基準の適用を用いることができないとしたのかは本決定によっては必ずしも明らかではない。もっとも、前掲の大阪高裁昭和62年判決が指摘したように、傷害罪という犯罪の性質上、積極的利用の基準とはなじまないものであり、少なくとも同基準を傷害罪の事案へ適用することを否定する趣旨であると理解することができる(豊田・前掲註(6)7頁、井田・前掲註(6)634頁)。

³⁴ 豊田・前掲註(28)新・判例解説 Watch 1頁は、「このような理由付けが採用された背景には、共同正犯を含む共犯は自己の行為と因果関係のある結果についてののみ罪責を負うとする因果的共犯論の通説化とその実務への一定の浸透があったと考えられる」としている。同様の指摘は、十河・前掲註(4)134頁、高橋(則)・前掲註(6)572頁、松原・前掲註(6)190頁、井田・前掲註(6)632頁にも見られる。最高裁決定が因果的共犯論と親和的であるないし整合すると評価するのは、阿部・前掲註(6)548頁、高橋(直)・前掲註(6)169頁、山口・前掲註(6)8頁など。なお、佐久間・前掲註(6)181頁。

3. 最高裁決定後の裁判例³⁵

近年社会問題となっている特殊詐欺について、先行行為者の欺罔行為終了後から詐欺行為に関与し被害金の受取を担当する後行行為者の罪責が問題となった事案があるが、例えば福岡地判平成28・9・12（LEX/DB 25543872）³⁶は、「共犯の処罰根拠は、共犯が犯罪結果に対して因果性（寄与）を持つという点に求められるべきである」ことから、詐欺罪は「因果関係によって結びつけられた一定の段階を経て成立する犯罪類型」であり、「後行者が、共謀加担前の先行行為者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果に対して因果関係を持ち、その結果犯罪が成立するという場合が想定できる」として、詐欺罪の承継的共同正犯の成立余地があるという前提に立った判示をしている³⁷。さらに控訴審である福岡高判平成29・5・31（LEX/DB 25448712）は、「このような時期・方法による加担であっても、先行する欺罔行為と相俟って、財産的損害の発生に寄与しうることは明らかである。また、詐欺罪における本質的な保護法益は個人の財産であって、欺罔行為はこれを直接侵害するものではなく、錯誤に陥った者から財物の交付を受ける点に、同罪の法益侵害性があるというべきである」とし、「欺罔行為の終了後、財物交付の部分のみに関与した者についても、本質的法益の侵害について因果性を有する以上、詐欺罪の共犯と認めてよいし、その役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる」と判示して、後行行為者に詐欺未遂罪の共同正犯の成立を肯定した³⁸。

4. 現在の判例状況

以上、承継的共犯の成否が問題となった判例・裁判例を概観した。そこから確認できたこととして、最高裁決定に至るまでの判例・裁判例において積極利用の基準を用いたアプローチが主流となっていたが、最高裁決定を契機に因果性を軸としたアプローチへと転換しつつあることが挙げられる³⁹。最高裁決定以降の下級審裁判例が後行行為と結果との因果性をもって承継的共犯の成否を判断していることも、このような転換を強く推認させるものである。加えて最高裁決定以降の下級審裁判例が、たとえ後行行為者が犯罪の途中から介入した者であっても、後行行為と結果との因果

³⁵ 最高裁決定以後に出された他の裁判例として、東京地裁立川支判平成26・3・20（LLI/DB06930113）がある。本件は、先行行為者が収納ボックスに入れたうえで自動車で運搬していた死体を、被告人が途中よりこれに関与し死体を化学薬品を用いて溶解させ、遺骨等をハンマーで砕いて川に投棄したという事案であったが、被告人は関与する前の先行行為者の死体遺棄行為を自己の犯罪遂行手段として積極的に利用しようとしたとまでは認められないとして、関与前の死体遺棄行為について責任を問わないとした。本件の評釈として、豊田兼彦「死体遺棄行為の承継が否定された事例」法セ717号（2014年）127頁がある。

³⁶ 本件の評釈として、前田雅英「判批」捜査研究795号（2017年）39頁以下。

³⁷ しかし、本件荷物が「騙されたふり作戦」の一環として発送されたものである点をとらえ、当該荷物の受領は詐欺の結果発生危険性に寄与したとはいえないとし、被告人を無罪とした。

³⁸ 同種の事案で後行行為者に詐欺未遂罪の成立を認めたものとして、名古屋高判平成28・11・9（LEX/DB15544658）、福岡高判平成28・12・20（LEX/DB 25545320）がある。

³⁹ 松原・前掲註(6)190頁、高橋（直）・前掲註(6)169頁、山口・前掲註(6)8頁。

性が肯定される場合には、承継的共同正犯の成立余地があることを前提としていることが分かる⁴⁰。この点、最高裁決定に付された補足意見において千葉勝美裁判官が「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行行為者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得る」と指摘するように、途中介入した後行行為者であっても先行行為者の開始した犯罪の結果と因果性をもつと考えられる場合については、承継的共犯の成立余地についてさらなる検討が必要であるといえる。

Ⅲ．学説の分析

承継的共犯についての学説は従来から様々な見解が主張されてきたが、現在のところこれらの学説は以下の4つに分類して議論がなされている⁴¹。そこで本稿でもこの分類に従って学説を概観することで、現在の学説の議論状況を確認する。

1. 全面肯定説

先行行為者の開始した犯罪に途中から関与した後行行為者について、その関与前を含む全体について共犯の成立を認める見解は、全面肯定説に分類される⁴²。例えば本稿の冒頭で挙げた事例①の場合にはYに強盗罪の共同正犯が成立し、さらに先行行為者の暴行によって被害者が死亡あるいは負傷していたという場合には強盗殺人罪、強盗致傷罪の共同正犯の成立を認める。また事例②においてはYに詐欺罪の共同正犯が成立し、事例③においては介入前を含む全体について傷害罪の共同正犯が成立することになる。

この見解は「共犯は何を共同するのか」という共犯の本質論における「犯罪共同説」と「行為共同説」との対立を軸に、完全犯罪共同説の立場から主張された。すなわち、共犯者間で罪名の完全な一致を要求する完全犯罪共同説によれば、先行行為者の犯罪に途中から関与した者についても同

⁴⁰ 橋爪隆「特殊詐欺の『受け子』の罪責について」研修827号（2017年）10頁。橋爪は特殊詐欺事案における裁判例の趨勢として、詐欺未遂の危険性判断につき「だまされたふり作戦」が実行されているという事実を判断資料から排除することで、「詐欺未遂罪の共同正犯の成立を認める理解が有力化しているといえる」と指摘する。

⁴¹ 学説の分類については、照沼・前掲註(2)237頁以下、十河・前掲註(4)121頁以下、高橋（直）・前掲註(6)169頁以下を参考にした。

⁴² 小野・前掲註(8)418頁、草野・前掲註(8)129頁、佐世昌三『刑法大意 増補第8版』（清水書店、1944年）244頁、安平政吉『新修刑法総論』（酒井書店、1970年）384頁、木村亀二『刑法総論 増補版』（有斐閣、1978年）408頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（勁草書房、1974年）354頁、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）366頁、藤永幸治「承継的共同正犯」研修393号（1981年）66頁、土屋眞一「承継的共同正犯」研修403号（1982年）49頁、山崎基宏「承継的共犯の責任の範囲」研修427号（1984年）132-133頁、福田平「承継的共同正犯の成立範囲」判時1276号（1988年）213頁以下、同『全訂刑法総論 第5版』（有斐閣、2011年）272頁以下。

一の犯罪が成立するとされていたのである⁴³。しかし、「犯罪共同説」内部での緩和が進んだ今日において、共犯の本質論の態度決定と承継的共犯論における態度決定との間にこのような論理必然の関係が認められるかは疑問があるといえる⁴⁴。またこの見解は、後行行為者が先行事実を認識・認容している限りで相互了解が事前に生じている通常の共同正犯と「価値的に同じ」とであると評価できることが根拠とされる⁴⁵、あるいは共同意思主体説の立場から主張されるが⁴⁶、「価値的に同じ」とであるという根拠のあいまいさや、共同意思主体の責任を個人に還元するという個人責任の原則に反する発想への批判も手伝い、この見解を主張する論者は見られなくなっている⁴⁷。

2. 全面否定説

後行行為者の罪責についてはその関与後の行為についてのみ共犯が成立するとして、後行行為者の罪責の検討を先行行為とは切り離れた形で行う見解は、全面否定説に分類される。上述のように、かつては共犯の本質論との関係で行為共同説の立場から主張されていたが⁴⁸、現在では因果的共犯論を根拠として主張される⁴⁹。すなわち、因果的共犯論を徹底し共犯成立のためには当該構成要件全体との因果性が必要であるとし、先行行為者の犯罪に途中から関与する後行行為者にその関与後の範囲でのみ刑責を問うことになるとする⁵⁰。

⁴³ 牧野英一「承継的共犯」『刑法研究第9巻』（有斐閣、1940年）171頁が「共犯の本質を犯罪共同説に依って理解するか又は行為共同説に依って理解するかの問題と相関係している」と指摘していたように、後行行為者の共犯成立の範囲について、犯罪共同説からは「数人一罪」が、その一方で犯罪の分割化を肯定する行為共同説からは「数人数罪」が認められ、前者を採るならば全面肯定説に、後者を採るならば全面否定説へと至ることになるとの議論であるとされていた。

⁴⁴ 実際、犯罪共同説を採る団藤重光も、承継的共同正犯は意思連絡を生じた以後の事実につき認められうるとし（団藤重光『刑法綱要総論 第三版』（創文社、1990年）391頁）、その一方で行為共同説に立つ木村亀二は、後行行為者介入前後を通じた範囲で共犯の成立を論じている（木村亀二『刑法総論 増補版』（有斐閣、1978年）408頁）。また現在では共犯の本質論の議論は非常に細分化しており、このような対立軸での議論が承継的共犯の問題についての帰結をダイレクトに導くという思考は、避けられるべきである。共犯の本質論の現状については、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』（弘文堂、2005年）21頁以下が詳しい。

⁴⁵ 藤永・前掲註(42)66頁、土屋・前掲註(42)49頁、山崎・前掲註(42)132-133頁、福田・前掲註(42)『全訂刑法総論 第5版』272頁。

⁴⁶ 植松・前掲註(42)354頁は、意思連絡は行為の一部が行われてから後に生じて、「その全体が構成要件上不可分の犯罪であるならば」実行の途中からの関与者である後行行為者についても、「法の適用上は等しくその一罪全体について共犯となり」うるとする。

⁴⁷ 十河・前掲註(2)349頁。

⁴⁸ 吉田・前掲註(8)72頁以下、牧野・前掲註(43)171頁以下。

⁴⁹ 小林・前掲註(6)8頁以下、松原・前掲註(6)203頁、山口・前掲註(6)16頁以下、相内信「承継的共犯について」金沢25巻2号42頁、町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也＝芝原邦爾編『内藤謙先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）133頁、浅田和茂『刑法総論 補正版』（成文堂、2007年）422頁、山中敬一『刑法総論 第3版』（成文堂、2015年）912頁、立石二六『刑法総論 第4版』（成文堂、2015年）319頁。このように、全面否定説内部において行為共同説を軸に主張されていたものと、もっぱら行為と結果との間の因果性を根拠とするものに分けることができる。この点については、佐久間・前掲註(6)179頁参照。

この見解によれば、事例①の Y には窃盗罪の共同正犯が成立し、事例③の Z には関与後の範囲で傷害罪（あるいは暴行罪）の共同正犯が成立する。そして、事例②の詐欺罪のような多行為犯については、財物の受領行為にのみ関与した後行為者につき、単に財物の交付を受けたにすぎないとして不可罰とする結論を採る論者も見られる⁵¹。この点、強盗罪や詐欺罪の場合における全面否定説の結論に対しては、後行為者が先行行為者によって開始された犯罪の既遂結果に因果的に寄与していることは否定できないのではないかと疑問が向けられ⁵²、あるいは先行行為者による詐欺罪の完成に関与した者を不処罰とすることが「一般の処罰感情に反する」と批判される⁵³。このような批判に対し全面否定説からは、先行行為者によって被害者が反抗抑圧状態や錯誤に陥っているところに共謀加担して残余行為を共同する後行為者の関与行為が、自ら暴行・脅迫ないし欺罔行為を行って財物を奪取・受交付を行ったと評価可能である場合には不作為による強取・詐取と解せるとし、こうした後行為者の関与後の態度により不作為犯の成立を認める余地があると主張される⁵⁴。

3. 一部肯定説

後行為者の先行行為の「承継」に一定の限定をかける見解が、一部肯定説に分類される。一部肯定説に分類し得る学説は様々なバリエーションがあるが⁵⁵、現在では有力に主張される見解として以下の3つが挙げられる。

(1) 先行行為者の行為ないしその結果を認識・認容し、それを自己の犯罪遂行手段として積極的に利用したといえる場合に、先行行為者と後行為者との間で相互利用補充関係が認められるとし、一定の限度で承継的共同正犯の成立を認める見解がある（積極的利用説）⁵⁶。例えば事例①の

⁵⁰ 山口・前掲註(6)16頁。

⁵¹ 相内・前掲註(49)43頁、山口厚「共犯論の課題」同編『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）244頁。なお、松原・前掲註(6)204頁は、後行為者につき占有離脱物横領罪の共犯が成立するとする。

⁵² 高橋（直）・前掲註(6)178頁。

⁵³ 十河・前掲註(4)142頁。

⁵⁴ 山口・前掲註(6)17頁、松原・前掲註(6)204頁。また、牧野・前掲註(43)187頁は詐欺事例についてすでに不作為犯の成立可能性を指摘していた。

⁵⁵ 以下で取り上げる学説は後行為者に成立する犯罪とその刑責とが一致する形で検討を加えているが、成立する罪名は先行行為者に一致させ刑責はその介入後の範囲で認めるという「限定」を加えた見解もみられる。例えば事例①で先行行為者が被害者が負傷していた場合、その財物奪取に加わった後行為者には、「共犯成立上の一体性・共犯処罰上の個別性」という観点から「強盗致傷罪」の共同正犯が成立し「強盗罪」の限度で責任を負うとするのは、岡野光雄『刑法要説総論 第2版』（成文堂、2009年）293頁以下。この見解については罪名と科刑を分離する点について疑問がある。

⁵⁶ 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）291頁、大塚仁「承継的共同正犯」木村亀二編『刑法総論』（青林書院、1960年）384頁、同「共同正犯の本質」法教109号（1989年）31頁、友添太郎「恐喝及び傷害と承継的共同正犯の成否」研修723号（2008年）78頁、大谷實『刑法講義総論 新版第4版』（成文堂、2012年）418頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）369頁、川端博『刑法総論講義 第3版』（成文堂、2013年）570頁、阿部・前掲註(6)554頁。

場合には、先行行為者の暴行によって被害者が反抗抑圧状態にあることを後行行為者が認識・認容し、これを利用して残りの財物奪取に関与する場合に強盗罪の共同正犯の成立を認める。その際、被害者が先行行為者の暴行によって死亡あるいは負傷していたとしても、利用する対象は「反抗抑圧状態」の限度であることから、強盗罪の限度で共同正犯が成立すると説く⁵⁷。また、事例②の場合においても、先行行為者の欺罔行為によって被害者が錯誤状態に陥っていることにつき同様の関係が認められる場合には、後行行為者に詐欺罪の共同正犯の成立を認める。事例③の場合には、傷害結果の利用というものが考えられないために、介入後の範囲で傷害罪の共同正犯が成立することになる。この見解は先行事情を後行行為者が認識・認容したうえで利用する意思が認められることにより、「相互利用補充関係」が認められる行為の範囲が、後行行為者介入以前の先行行為まで拡張することを認める見解であると考えられる⁵⁸。

(2) 先行事実の効果が後行行為者の関与後にも効果をもち続けている場合に、承継的共犯の成立を認める見解がある（効果因果説）⁵⁹。事例①において、先行行為者の強盗目的による暴行・脅迫により被害者が後行行為者介入時点においてもなお反抗抑圧状態に置かれている場合には、先行行為の効果が継続していると考えられ、後行行為者が加わった財物奪取行為は先行行為者から見れば強盗罪における「強取」と評価可能であることから、後行行為者につき強盗罪の共同正犯が成立する。被害者が死亡あるいは負傷している場合であっても当該結果はXによって惹起されたものであるから、因果性の欠如を理由に後行行為者への帰責は否定されることになる。事例②の場合においては、欺罔行為により作出された被害者の錯誤状態の継続が後行行為者介入後も認められる限りで、Yによる財物の受取がまさに「騙取」と評価され詐欺罪の共同正犯の成立が認められる。事例③の場合には介入後の範囲で後行行為者の罪責が検討されるに過ぎない⁶⁰。この見解は因果的共犯論を前提にしたうえで後行行為者の介入後の範囲で罪責の検討を行うが、もっぱら後行行為の「評価」の限度で先行事情を取り込んだ形で行うところに特徴がある⁶¹。

(3) 因果的共犯論に立脚しつつ因果性の内容を緩和し、当該構成要件の予定する本質的な法益侵害結果との因果性があれば承継的共犯の成立を認めることができるとする見解がある⁶²。この見解

⁵⁷ 藤木・前掲註(56)291頁、大塚(仁)・前掲註(56)「共同正犯の本質」31頁、大谷・前掲註(56)420頁、佐久間・前掲註(56)370頁。

⁵⁸ 阿部・前掲註(6)554頁、友添・前掲註(56)78頁、大谷・前掲註(56)419頁。

⁵⁹ 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(有斐閣, 1975年) 383頁、西田典之『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年) 223-224頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年) 387頁、松宮・前掲註(6)371頁、高橋(直)・前掲註(6)181-184頁、大塚(裕)・前掲註(4)81頁。

⁶⁰ 西田・前掲註(59)224頁、佐伯・前掲註(59)387頁。

⁶¹ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005年) 367頁以下、高橋(直)・前掲註(6)173頁。

⁶² 十河・前掲註(4)146頁、橋爪・前掲註(6)95頁。

によれば、事例①の強盗事例の場合、強盗罪の本質的な法益を財産侵害の点にあると解した場合に
は、後行行為者の財物奪取行為はこの財産侵害との因果性が認められ強盗罪の共同正犯が成立する
とされる⁶³。また事例②の詐欺罪の場合にも、詐欺罪の本質的な法益の侵害は「人を欺く」ことに
あるのではなく財物の占有移転の点にあると解し、後行行為者が被害者から財物を受け取ることに
よって詐欺罪の法益侵害結果と因果性をもつことで詐欺罪の共同正犯が成立するとする⁶⁴。事例③
の場合、先行行為の暴行によって生じた傷害結果は、後行行為との因果性を欠くため後行行為者へ
と帰責することはできないことになる⁶⁵。この見解は問題となる構成要件の法益の理解によって後
行行為者に成立する犯罪が左右されることになるといえる。

4. 二分説

承継的共同正犯の成立は否定し、承継的帮助犯の成立を肯定する見解は二分説に分類される⁶⁶。
この見解は共同正犯と帮助犯とはそれぞれ処罰根拠が異なっているとの前提から、例えば共同正
犯の処罰根拠を相互行為帰属に求め、先行行為者と後行行為者との間で共謀が成立した後の行為に
ついてしか相互行為帰属が認められないことから、承継的共同正犯の成立を否定する。その一方で
帮助犯の処罰根拠を従属的な法益侵害に求めることから、先行行為者による法益侵害結果との間で
因果性をもった後行行為者につき、承継的帮助犯の成立を肯定する。この見解によれば、事例①の
場合には Y について窃盗罪の共同正犯と強盗罪の帮助犯が成立し⁶⁷、事例②の場合には詐欺罪の幫
助犯の成立が認められる。そして、事例③の場合に先行行為者の暴行によって生じた傷害結果につ
いて、因果的寄与が認められる場合に傷害罪の帮助犯の成立が認められるとされる⁶⁸。

5. 現在の学説の議論状況

以上、承継の共犯についての学説を概観した。そこで明らかとなったのは、現在の学説が共犯の
処罰根拠論（二分説においては共同正犯、帮助犯それぞれの処罰根拠論）を軸とした議論を展開す

⁶³ 十河・前掲註(4)146頁。その一方で橋爪は、強盗罪の法益侵害性が暴行・脅迫による身体の安全の点にもあ
るとする立場から、事例①の場合の Y は窃盗罪の限度で罪責を負うことになるとする（橋爪・前掲註(6)96
頁）。

⁶⁴ 十河・前掲註(4)144頁、橋爪・前掲註(6)96頁。

⁶⁵ 十河・前掲註(4)153頁、154頁。加担前後いずれの暴行から生じたかが不明であるときも、同様であるとし
る。

⁶⁶ 斉藤誠二「承継的共同正犯・片面的共同正犯をめぐる」受験新報409号（1985年）26頁、照沼・前掲註(2)
247頁、高橋（則）・前掲註(6)575頁、小島・前掲註(6)28頁、井田・前掲註(61)368頁。

⁶⁷ 斉藤・前掲註(66)23頁は、両者が法条競合になるとする。小島・前掲註(6)31頁も同旨。また、斉藤によれ
ば、先行行為者の暴行によって被害者が死亡あるいは負傷していた場合にも、被害者に身体や生命に対する
侵害が終了していることを理由に、同様の帰結となるとする（斉藤・前掲註(66)30頁）。

⁶⁸ 高橋（則）・前掲註(6)576頁。高橋則夫によれば、事例③の場合に Z には、関与後の暴行による傷害罪の共
同正犯と（先行行為者の暴行による傷害結果につき因果的寄与が認められる場合には）傷害罪の帮助犯の成
立が認められることになり、両者は観念的競合の関係に立つとされる。

るに至っていることである。かつては共犯の本質論，すなわち「共犯は何を共同するのか」という「犯罪共同説」と「行為共同説」との対立を主軸として展開されていたが⁶⁹，徐々に共犯の本質論の態度決定と承継的共犯論における態度決定との関連が重視されなくなるにつれ，このような対立軸を離れたといえる。先行行為者が開始した犯罪に途中から関与した者が，どのような範囲でなぜ処罰されるのかが問題となる承継的共犯の問題についても，「共犯はなぜ処罰されるのか」という共犯の処罰根拠論から検討を加える現在の学説の姿勢は歓迎できるものといえるだろう。

Ⅳ．私見の展開

1. 共犯の処罰根拠と承継的「共同正犯」

これまで承継的共犯についての判例・裁判例及び学説を概観してきた結果明らかとなったことは，判例・裁判例においては，最高裁決定を契機として承継的共犯の問題について因果性を軸にした問題解決を試みる傾向が認められること，また学説においても共犯の（あるいは共同正犯，幫助犯それぞれの）処罰根拠まで立ち返った検討が加えられていることである。とりわけ共犯の処罰根拠として因果的共犯論（惹起説）が通説化した現在においては，判例・学説のいずれもが後行行為と結果との因果性を問題として，後行行為者の罪責を検討しているといえる。以下では，本稿の立場を示しながら諸説の妥当性の検討も行っていく。

(1) 「異なるプリンシプル」が働いているのか？

ここで本稿が承継的「共同正犯」の成否につき一定の解答を示すことを目的としながら，「共犯」の処罰根拠からアプローチすることが許されるのかということが，まずもって問われることになる。というのも，ドイツにおいて共犯の処罰根拠が議論される場合には主に狭義の共犯を念頭に議論がなされており⁷⁰，またわが国においても共同正犯には別のプリンシプルが働くとの見解も有力に主張されているからである⁷¹。したがって，承継的「共同正犯」も「共同正犯」として扱われる以上，そもそも論として共犯の処罰根拠の射程につき，本稿の立場を論じておく必要がある。

この点，刑法における責任主義としての個人責任の原則によれば，人は自ら惹起した結果についてのみ責任を問われることが前提とされ⁷²，共同正犯においてもそれぞれの関与者らが犯罪結果につき因果性をもつことが処罰の前提として必要である⁷³。そしてそれら関与者のうち共同「正犯性」

⁶⁹ 小野・前掲註(8)417頁，牧野・前掲註(43)171頁。

⁷⁰ ドイツ刑法のコンメンタールなどでは“Strafgrund der Teilnahme”という標語の下で処罰根拠論が語られている。基本書においても例えば，*Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*, 6. Aufl., 2011, §12, Rn.116ff., S.248ff.; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 9. Aufl., 2017, §45, Rn.2, S.418; *Kristian Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2017, §20, Rn.130ff., S.821ff. などがある。

⁷¹ 高橋（則）・前掲註(6)574頁以下，齊藤・前掲註(66)26頁以下など。

⁷² 大塚（裕）・前掲註(4)76頁，橋爪・前掲註(40)4頁。

を獲得した者が、第一次的な責任類型である共同正犯として処罰されると考えることができる⁷⁴。そのような理解を前提とすると、共犯の処罰根拠論は結果との因果性をもった者とそうでない者を選び分け、処罰範囲を確定する機能を有していると考えられ⁷⁵、広義の共犯一般に妥当するものとする⁷⁶。このような前提からは承継的「共同正犯」を検討する上でも、共犯の処罰根拠たる因果的共犯論を軸としたアプローチが妥当であると考えられる。

以上のような本稿の立場からは二分説の主張は採用することができない。二分説は共同正犯と従犯との間で取り扱いを分ける根拠として、それぞれにつき別のプリンシプルが働くことを主張するが、上述のように因果性が広義の共犯一般に共通する要素としてまずもって必要であるとの理解を前提とすれば、共同正犯と幫助犯とで取り扱いを分けること自体疑問があるといえる⁷⁷。

(2) 先行事実への因果性の拡張

因果的共犯論が広義の共犯に共通する処罰根拠であると解すると、後行行為者は介入後の範囲でのみ結果との因果性をもつことになるから、後行行為の因果性が一定の要件の下で関与前の時点まで拡張すると解することはできないと思われる。この点、全面肯定説は「一罪」の範囲で後行行為の因果性の拡張を認めるものといえるが、そのような形式的な理由から因果性の拡張を認めることはできないと思われる⁷⁸。また積極的利用説によれば、後行行為者が先行行為を認識・認容し、積極的に利用する意思によって後行行為をなしたといえる場合に承継的共同正犯の成立を肯定するが、そのような意思が認められることで後行行為の因果性の範囲を拡張することもまた許されないとと思われる⁷⁹。さらにこの見解を徹底する場合、例えば先行行為者が被害者に対し暴行を加えているのを物陰から見ていた後行行為者が、先行行為者がその場を離れた後に被害者から財物を奪取することで強盗罪の共同正犯が成立するという結論を導くことにもなりかねないと思われる⁸⁰。積極

⁷³ 大越義久「共犯の処罰根拠と限定性」刑法雑誌27巻1号（1986年）121頁によれば、共同正犯の正犯性を強調し「機能的行為支配」こそが「共同正犯の」処罰根拠とする見解に対して、「機能的行為支配は因果概念を基礎に置くものであり、因果関係の存在を前提にはじめて語られるものである」として、共同正犯と狭義の共犯とで異なるプリンシプルが働くとはまではいえないとされる（平野・前掲註(59)381頁も同様の趣旨であると思われる）。また佐伯・前掲註(59)370頁は、共犯も単独正犯と同様に法益侵害またはその危険の惹起によって処罰されるが、単独正犯が結果の単独惹起であるのに対して共同正犯は結果の共同惹起である点に相違があるにすぎないとされる。

⁷⁴ 十河・前掲註(6)150頁、山口・前掲註(6)3頁。

⁷⁵ この点につき、橋本・前掲註(6)581頁、亀井・前掲註(44)14頁を参照。

⁷⁶ 松原・前掲註(6)203頁、十河・前掲註(6)150頁、高橋（直）・前掲註(6)184頁。

⁷⁷ 橋本・前掲註(6)580頁、松原・前掲註(6)203頁、山口・前掲註(6)2-3頁、佐伯・前掲註(59)370頁、大越・前掲註(73)121頁。

⁷⁸ 全面肯定説は先行行為者によって引き起こされた傷害結果ないし死亡結果までも後行行為者に帰属する点において、処罰の妥当性という観点からも採用することはできないといえる。

⁷⁹ 積極的利用意思が因果性を補充することはないと指摘するのは、十河・前掲註(4)138頁、松原・前掲註(6)199頁。

的利用説は、後行行為者が共同「正犯性」を獲得するかどうかという問題と後行行為者の罪責が問われる範囲の問題とを混同しているといえ⁸¹、妥当でないといえる。

(3) 構成要件全体との因果性が必要か？

後行行為者介入後の範囲で罪責を問われるとする因果的共犯論の立場を前提とすれば、全面否定説は理論的にはかなり説得力のある見解だと思われるが、その具体的な結論につき疑問がある。例えば事例①のような強盗事例について、同説は後行行為者に窃盗罪の共同正犯の成立を認めるが、後行行為者の財物奪取行為が先行行為者によって開始された「強盗罪」の既遂結果へ因果的に寄与していることは否定できないのではないと思われる⁸²。この点は措くとしても、事例②の詐欺罪の承継的共犯が問題となるような場合にはさらに次のような疑問が生じる。まず、全面否定説からは後行行為者に不作為犯の成立が考えられると主張されるが⁸³、例えば後行行為者が被害者から送られてきた郵便物を受領するといった被害者と対面することのない形態での受領行為については、直接の被害者との関係で詐欺罪の成立を認めることは困難である⁸⁴。加えて、このように後行行為者について不作為犯の成立が認められず不処罰とされ、処罰の間隙が生じる場合には、同時に先行行為者に成立する犯罪についても影響を与えることになるとと思われる。すなわち、後行行為者との間で共犯関係が成立しないとされる場合には、先行行為者は詐欺罪の構成要件該当事実全体を単独で実現していないため、詐欺既遂罪の単独正犯の成立を肯定することも困難であると思われるからである⁸⁵。全面否定説が理論的にはかなりの説得力があることは認められるものの、承継的共犯が問題となる具体的事案を念頭に置く場合には支持することはできない⁸⁶。

(4) 構成要的結果との因果性

共犯における因果性を構成要件全体との間で要求するのではなく、構成要件の結果惹起との間で認められることで足りるとの見解も有力に主張されている⁸⁷。すなわち、共犯は修正された構成要

⁸⁰ 山口・前掲註(6)11頁は、積極的利用の点を強調することにより、後行行為者が「共犯者である必要はないことになる」と指摘する。

⁸¹ 高橋（直）・前掲註(6)176-177頁。高橋はさらに、先行行為の積極的利用という理由付けが、承継的幫助犯の場合に妥当するか疑問があるとする。

⁸² 高橋（直）・前掲註(6)179頁、西田・前掲註(59)224頁。

⁸³ この点、後行行為者を不作為犯として処罰可能とする全面否定説の主張に対して、先行行為者によって錯誤に陥った被害者と対面する後行行為者に当該錯誤を解消する義務が常に認められるわけではないと指摘するのは、十河・前掲註(4)143頁。

⁸⁴ 橋爪・前掲註(40)6頁。橋爪は特殊詐欺事案における受け子について、「宅配便等を受領する行為を（特殊詐欺の被害者に対する）不作為の欺罔行為と評価することは困難であろう」と指摘する。

⁸⁵ 橋爪・前掲註(6)93-94頁。

⁸⁶ 十河・前掲註(4)142頁。また高橋（直）・前掲註(6)179頁は、承継的共犯が問題となる事案の全面否定説による捉え方について「全面否定説には、後行者は先行者が開始した犯罪の実現に因果的に寄与しているという点で適切に評価できていないのではないかというある意味素朴な疑問がある」とする。

件であることから、最終的な法益侵害結果との間で因果性があれば足り、単独正犯に要求されるような構成要件全体との因果性までは要求されないとされる⁸⁸。共犯が複数人による犯罪遂行形態であって、共犯規定がそのような犯罪遂行形態についても処罰を可能とするための政策的規定であると解すれば、処罰の間隙が生じることを防ぐために、単独正犯処罰に要求されるものよりも因果性の内容を共犯においては緩和することは許されるのではないかと考えられる⁸⁹。

一部肯定説に分類される「本質的法益」との因果性を要求する見解は、上述のような共犯成立に必要とされる因果性の理解に親和的であるといえる。しかし問題となる構成要件が複数の保護法益を含んでいる場合には、当該構成要件の予定する本質的な法益をどのように解するかという点に争いがあり、その理解が結論に直接反映されることが考えられる。例えば事例①のような強盗罪の成否が問題となる場合において、その本質的な法益が財産権侵害からの保護にあると解するのであれば、財物奪取をなした Y には強盗罪の共同正犯が成立することになるが⁹⁰、財産権侵害からの保護を第一次的な目的とするのではなく、暴行・脅迫から人の身体や意思決定の自由の保護こそが本質的な法益であると解するのであれば、前述の Y には窃盗罪が成立するにすぎないことになってしまふのである⁹¹。

その一方で、効果因果説は後行行為者介入以後の範囲で罪責を検討する点で因果的共犯論と整合し、構成要件全体との因果性を要求せずに最終的な法益侵害結果との間で因果性を有していれば共犯処罰を基礎づけられるという点で、上述の「本質的法益」との因果性を要求する見解と共通するが、この見解は後行行為者のなした行為の「評価」の限度で先行情情を取り込むという点に上述の見解との違いがあるといえる⁹²。この見解からは事例①の Y に強盗罪の共同正犯の成立が認められ、先行行為者 X の強盗罪の完成に Y が寄与している点につき実態に即した評価ができるものと思われる。また事例②の Y には詐欺罪の共同正犯の成立を認めることができ、処罰の間隙を生じることもない。しかし後行行為者の行為を評価する際に「先行行為者」の視点を設定することについては批判が向けられており、この点についてはさらなる理論的裏付けが必要であると思われる。

2. 承継的「共同正犯」の成立余地の検討—惹起説内部の相違の反映—

因果的共犯論＝惹起説であるとして、惹起説内部においても純粹惹起説、修正惹起説、混合惹起

⁸⁷ Ⅲ-3-(2)、(3)を参照。

⁸⁸ 高橋（直）・前掲註(6)182頁、西田典之他編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）334頁〔島田聡一郎執筆〕。

⁸⁹ 大塚（裕）・前掲註(4)82頁、十河・前掲註(4)143頁、橋爪・前掲註(6)95頁。

⁹⁰ 十河・前掲註(4)146頁。十河によれば、身体の安全は強盗罪において副次的法益に過ぎないとされる。

⁹¹ 橋爪・前掲註(6)96頁。橋爪は強盗罪の暴行・脅迫こそが、強盗罪が窃盗罪よりも重く処罰される根拠となっているのであるから、暴行・脅迫に関与していない後行行為者に強盗罪の共同正犯の成立を認めることに疑問を投げかけている。

⁹² 高橋・前掲註(6)173頁、井田・前掲註(61)367頁。

説の立場が分かれており⁹³、因果的共犯論が広義の共犯一般に共通する処罰根拠であるならば、承継的「共同正犯」の成立余地を検討する際にもそれぞれの立場から検討を試みることは十分な意味があるはずである。

現在有力に支持されている混合惹起説によれば⁹⁴、共犯も正犯と同様に不法の惹起ゆえに処罰されるが、正犯者の立場からみた不法が共犯者の立場からも不法であるといえることを要求する見解として理解される⁹⁵。例えば X が Y を唆して Y の所有する携帯電話を破壊させた場合、混合惹起説からは X について器物損壊罪の教唆犯は成立しない。なぜなら正犯者 Y には自己の所有物を破壊することが禁止されておらず、正犯者の立場からみた「不法」が生じていないために、共犯者である X は処罰されないのである⁹⁶。また X が Y に自己の殺害を依頼し、これを承諾した Y が殺害行為を実行したが X は死ななかった場合、自身の生命の侵害が X に禁止されていないことから、共犯者の立場からみた「不法」が生じていないために、X は自己に対する嘱託殺人未遂罪の教唆犯として処罰されないことになる⁹⁷。

このように、問題となる構成要件が正犯・共犯いずれに対しても禁止されていると評価できることが共犯処罰にとって必要であり、いずれか一方が欠ける場合については共犯の成立が差し控えられるという混合惹起説の理解を前提にするならば、例えば事例①の場合、先行行為者の強盗に途中から介入した後行行為者の「財物奪取」行為を評価するうえで、先行行為者により惹起される「正犯の不法」は強盗罪の不法であり、それは共犯者の立場からみても禁止された構成要件であるから、後行行為者は先行行為者によって開始された「強盗罪」の一部である「強取」行為を共同したと評価することができるのではないかと考えられる。同様に、事例②の場合の後行行為者の「財物の受領」行為は、先行行為者によって開始された「詐欺罪」の一部である「受領行為」と評価することが可能であるように思われる⁹⁸。このように承継的共犯が問題となる事案においては、先行行

⁹³ 井田・前掲註(61)313頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988年)138頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)11頁以下、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015年)246頁、山口厚『刑法総論 第3版』(有斐閣、2016年)312頁以下。

⁹⁴ 本稿では混合惹起説の立場が妥当であると考えているが、紙幅の関係から、他説については脚注において簡単に検討するにとどめる。

⁹⁵ 高橋(直)・前掲註(6)180頁、井田・前掲註(61)316頁以下、豊田・前掲註(93)20頁、橋本・前掲註(93)248頁以下、山口・前掲註(93)315頁以下など。

⁹⁶ この場合共犯不法が惹起されれば共犯処罰が可能であるとする純粹惹起説の立場からは、X に器物損壊罪の教唆犯が成立するという結論に至るが、第一次的責任類型である正犯の処罰が差し控えられる場合にまで共犯を処罰するという結論は、共犯処罰の範囲を無限定なものとするおそれがあり妥当でないと思われる。

⁹⁷ 正犯不法の惹起があれば共犯処罰を可能とする修正惹起説によれば同様の事例で X に嘱託殺人未遂罪の教唆犯が成立することになるが、このような結論は一般的に支持されていない(井田・前掲註(61)315頁、橋本・前掲註(93)248頁など)。上述の純粹惹起説への疑問も併せ、本稿は混合惹起説の立場を支持する。

⁹⁸ 高橋(直)・前掲註(6)181頁は、このように構成要件該当性評価が先行行為者と後行行為者との間で矛盾が生じるとまではいえない場合には、構成要件該当性評価のうえで「ただ全体と部分との差があるにすぎない」とされる。

為者が開始した犯罪の構成要件が正犯・共犯のいずれに対しても禁止されているものといえ、混合惹起説を根拠として後行行為の「評価」につき先行事情を取り込んだ形で評価することができるものと考えられるのである⁹⁹。

V. おわりに

本稿で得られた結論は次のとおりである。すなわち、本稿では、承継的共犯の成否が問題となった判例・裁判例の分析やこの問題について主張されている学説の分析を通じ、それぞれが共犯の処罰根拠、とりわけ因果的共犯論を軸としたアプローチを展開していることが確認された。共犯の処罰根拠は広義の共犯に共通して妥当するとの前提に立てば、本稿の関心の対象である承継的「共同正犯」の成否を検討するうえでも、このようなアプローチが妥当なものであるといえる。因果的共犯論は共犯の成立に構成要件全体との因果性を要求するものではなく構成要件の結果との間に要求すると解するのであれば、承継的共犯の成否を検討するうえでは効果因果説が妥当な見解であるといえる。そして、後行行為の評価の限度で先行行為を取り込むと考える同説の理解については、因果的共犯論＝惹起説であることから惹起説内部で有力に主張されている混合惹起説の理解を反映させることが可能であると考ええる。

以上から承継的共同正犯の成否を検討してみると、効果因果説の立場からは、事例①のYは先行行為者であるXと意思を通じ、Xの開始した強盗に途中から介入して財物奪取をしているので、正犯であるXが「強盗罪」の不法を惹起しており、共犯者であるYは「強盗罪」の一部たる「強取」を共同したと評価できる。また事例②のYのなした財物の受領行為について、先行行為者であるXが「詐欺罪」の不法を惹起していることから、共犯者であるYは「詐欺罪」の一部たる「受領行為」をなしたと評価可能であることになる。後行行為者Yはそれぞれの場合について各犯罪の実行行為を共同して行っていることから共同正犯性も具備し、事例①では強盗罪の共同正犯、事例②では詐欺罪の共同正犯が成立することになる¹⁰⁰。さらに、事例③の傷害事例においては、

⁹⁹ 本稿は混合惹起説の立場から検討を試みたが、純粹惹起説及び修正惹起説の立場からも若干の検討を試みる。例えば事例①の強盗罪の承継的共犯の成否が問題となる場合、純粹惹起説は、共犯の立場からみた不法が存在すれば共犯処罰を可能とすると考えるので、共犯の独立性が強く、当該構成要件該当性評価においても先行事情を含めない形で評価されることになり、全面否定説を採用した場合と同様の結論に至ると考えられる。その一方で、正犯不法をもって共犯処罰を可能とする修正惹起説の立場からは、正犯の不法が強盗罪の不法であることから、共犯である後行行為者の財物奪取行為の構成要件該当性評価においてもこれが反映され、強盗罪の共犯が成立することになると思われる。これは混合惹起説を採用した場合と同様の帰結になるものと思われるが、修正惹起説を採用した場合については脚注(97)で述べたような不都合があると考えるので、本稿においては混合惹起説を念頭に議論を進めている。

¹⁰⁰ なぜ先行行為者が「正犯」で後行行為者が「共犯」と確定されるのかという点について疑問が向けられることが予想されるが、承継的共犯が問題となる事例においては先行行為者（ら）はすでに犯罪の実行行為を開始しているので、少なくとも先行行為者と後行行為者との関係においては、先行行為者が正犯、後行行為者が共犯の関係に立つのではないかと考えられる。

後行行為者 Y の介入前に生じていた「傷害」結果の後行行為者への帰責は否定される。なぜなら、この見解を採ったとしても後行行為者の罪責はその介入以後の範囲で検討することになるため、後行行為者は介入前にすでに生じていた傷害結果に対する因果性を有するとは考えられないからである¹⁰¹。また最高裁決定で問題となった事案のように、後行行為者の暴行によって先行行為者によって生じた傷害を「相当程度重篤化」させたような場合には、その最終的に生じた傷害結果については後行行為者の暴行と因果性が認められることから傷害罪の共同正犯が成立し、後から暴行に加わったという事情は量刑のうえで評価すれば足りると考えられる¹⁰²。

¹⁰¹ 先の強盗罪の事例や強姦罪の事例において、先行行為者の暴行によって被害者が負傷していた場合や死亡していた場合が考えられるが、そのような傷害結果ないし死亡結果についても、後行行為者がこれと因果性をもつことはないから、基本犯の限度で共同正犯が成立するに過ぎない。

¹⁰² もちろん、後行行為者介入後の暴行が被害者の受傷結果との関係で、その結果を発生させるに至らないものであると考えられる場合や、どの時点で生じた傷害結果であったかが不明な場合には、暴行罪の限度でしか共同正犯が成立しないことになる。